

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION EN EL EMPLEO

DR. MIGUEL RODRÍGUEZ-PÍÑERO BRAVO-FERRER

Consejero Permanente de Estado

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

ÍNDICE: 1. Igualdad en la ley y ley laboral. 2. Igualdad y tutela de otros derechos fundamentales. 3. La igualdad en la aplicación de la ley. 4. La igualdad en la negociación colectiva. 5. Principio de igualdad, contrato de trabajo y poderes empresariales. 6. Desigualdad y discriminación. 7. El carácter valorativo de la discriminación: el caso de la discriminación de la mujer. 8. Discriminaciones abiertas y ocultas. 9. Discriminación, medidas protectoras y acción positiva. 10. Reflexión final. INDEX: 1. Equality in the law and labor law. 2. Equality and its guides of other fundamental rights. 3. The equality in the application of the law. 4. The equality in the collective negotiation. 5. Principle of equality, work contract and managerial powers. 6. Inequality and discrimination. 7. The character of valuation of the discrimination: the case of the woman's discrimination. 8. Open and hidden discriminations. 9. Discrimination, protections measures and positive action. 10. Final reflection.

PALABRAS CLAVE: Igualdad • Discriminación y protección judicial.

KEY WORDS: Equality • Discrimination and judicial protection.

1. IGUALDAD EN LA LEY Y LEY LABORAL

El art. 1.1 de la Constitución propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la igualdad, y a ella se refiere de forma más específica la Constitución en su art. 14, colocado sistemáticamente dentro del Capítulo II y antes de sus dos Secciones, y que define en clave subjetiva el principio de igualdad. Ello ha permitido reconocer un derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. El 14 C.E. garantiza así las dos funciones propias de la igualdad, ser límite objetivo del poder y derecho de la persona, lo que se corresponde por cierto con el doble significado de la Constitución como “Frame of Government” y como “Declaration of Rights”¹.

A diferencia de otros preceptos constitucionales, el contenido del art. 14 CE. no suponía aparentemente una ruptura formal con el ordenamiento legal anterior que también consagraba ese principio y había dado ya algunos pasos en la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, ha tenido un impacto mucho mayor que otros preceptos constitucionales en la transformación de nuestro ordenamiento jurídico, y ha devenido uno de los preceptos constitucionales más relevantes en todos los sectores del ordenamiento y también en el de las relaciones laborales. Ello ha sido posible por la importante labor al respecto de la jurisprudencia constitucional, facilitada por la accesibilidad al recurso de amparo.

Por impulso de esa jurisprudencia, nuestro ordenamiento ha incorporado plenamente el principio de igualdad; ha superado una concepción formal de igualdad “ante la ley”, como generalidad de

¹ Cfr. Clavero, B. “Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra costituzione e codice”, MSCG, 1989, pag. 95 y ss.



la misma y supresión de privilegios, y la ha completado con contenidos valorativos o materiales, como igualdad “en la ley”. El principio de igualdad deviene un principio informador de toda regulación jurídica, y que permite desde la perspectiva de la igualdad el control constitucional de toda la acción de los poderes públicos, en particular de la acción legislativa.

La sujeción del legislador a la igualdad en la ley permitirá al Tribunal Constitucional un control sobre las diferenciaciones normativas. Desde una de sus primeras Sentencias, la STC 22/1981, el Tribunal ha aceptado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la exigencia de una justificación objetiva y razonable del trato diferente². Sin embargo, la jurisprudencia constitucional viene haciendo cada vez más un juicio de mera razonabilidad, de control de existencia de criterios de diferenciación razonables³, más que un juicio más riguroso de proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, la consagración constitucional de la igualdad en la ley ha tenido una eficacia real relativamente limitada, aunque no despreciable. El control de igualdad no es muy riguroso, veda diferencias de trato irrazonables o arbitrarias; es un juicio de racionalidad o con mucho de razonabilidad, pues basta que pueda deducirse una causa razonable que explique la diferencia, con lo que el principio de igualdad se conecta con la prohibición constitucional de arbitrariedad de los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional no exige generalmente que el objetivo perseguido por la diferencia de trato que supone ruptura de la igualdad sea la tutela de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que tengan carácter superior a los que resulten sacrificados, tampoco requiere con rigor que exista una adecuada proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho reivindicado, entre la medida diferenciadora y la funcionalidad de la misma a la consecución del objetivo o finalidad legítimos que se propone el legislador. Se trata de un control más de racionalidad o de razonabilidad más que de proporcionalidad⁴. Además, ese control no es especialmente riguroso en la aceptación de situaciones de partida diferentes, y permite justificar diferencias de trato por la existencia de estatutos jurídicos previos diferenciados, sin cuestionar a fondo la preexistencia de ese distinto estatuto jurídico⁵.

La jurisprudencia constitucional sobre la igualdad en la ley en materia de Derecho del Trabajo es relativamente numerosa pero no han sido muchos los casos en los que la norma legal cuestionada no haya resistido el control constitucional de igualdad. En lo que se refiere a las diferencias de trato entre trabajadores y empresarios, el Tribunal Constitucional, para justificarlas ha puesto en conexión el art. 14 con el 9.2 CE con lo que ha establecido una base constitucional mucho más

² STC 261/1988

³ STC 8/1986

⁴ Cfr. Bilbao Ubillos, J.M. y Rey Martínez, F. “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad constitucional”, en *La Constitución y la práctica del Derecho* (dir. por Aragón y Martínez Simancas), Madrid, 1998, I, pag. 263 y ss.

⁵ Por ejemplo diferencias de trato entre funcionarios e interinos, o entre funcionarios y trabajadores de la Administración, o entre categorías funcionariales (p.ej. STC 7 y 99/1984, 29/1987 y 112/1996). Sobre la tendencia a considerar “real” una distinción creada por el propio legislador, vid. Barbera, M. “Discriminazioni e eguaglianza nel rapporto di lavoro”, Milan, 1991, pag. 163

firme al Derecho del Trabajo como ordenamiento “desigualatorio”, y de los tratamientos desiguales a favor del trabajador.

En las diferencias de trato entre trabajadores la jurisprudencia constitucional ha sido mucho más cautelosa y prudente; ha huido de una interpretación maximalista del principio de igualdad, y ha evitado que su invocación pudiera poner en cuestión muchas de las diferencias de trato normativas existentes en el Derecho del Trabajo. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar compatibles con el principio de igualdad, entre otras, la diferencia de trato en el despido improcedente según el tamaño de la empresa⁶, el establecimiento de una edad máxima de jubilación⁷, la diferencia de régimen laboral y de Seguridad Social para diversos colectivos que ha justificado por las características especiales del trabajo⁸, los cambios en los planes de reconversión industrial⁹, el régimen especial de desempleo agrario para Andalucía y Extremadura¹⁰, las diferencias en materia de pensión de viudedad entre uniones extramatrimoniales y matrimoniales¹¹, etc.

Solo en algunos supuestos el Tribunal Constitucional ha considerado contrarias al art. 14 CE determinadas reglas legales, así la inembargabilidad absoluta de las pensiones de Seguridad Social¹², la exigencia de buena conducta para el acceso a una pensión extraordinaria de los voluntarios españoles en Marruecos¹³, o la no extensión del derecho a percibir pensión extraordinaria a las viudas de esposos ejecutados en la llamada zona nacional durante la Guerra Civil¹⁴, etc.

El juicio constitucional de igualdad no ha tenido así una consecuencia “destabilizadora” en nuestro Derecho del Trabajo. Como límite al legislador, la igualdad ha operado solo para evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente, y se ha limitado a la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho equiparables¹⁵; autorestricción del órgano de justicia constitucional posiblemente fundada en la idea de que un juicio más incisivo tendría el riesgo de utilizar valoraciones e interpretaciones propias que sustituyan a la del legislador.

El Derecho del Trabajo se caracteriza por tratamientos normativos diferenciadores¹⁶, de ahí la necesidad de constatar la “existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal”¹⁷. Ello lleva al Tribunal Constitucional a valorar cuando son equiparables las situaciones de los trabajadores, y si son aceptables los criterios tomados en cuenta para establecer la diferenciación en función de la finalidad perseguida por la norma diferenciadora, y se

⁶ STC 6/1984

⁷ STC 95/1985

⁸ STC 56/1988

⁹ STC 236/1988

¹⁰ STC 90/1989

¹¹ STC 184/1990

¹² STC 113/1989

¹³ STC 144/1987

¹⁴ STC 204/1988

¹⁵ Cfr. Jimenez Campo, J. “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, REDC, 9, 1983, pag. 75

¹⁶ Cfr. Lyon Caen A. “L’égalité et la loi en Droit du travail, DS, 1990, pag. 73

¹⁷ STC 3/1983

permite que ello se justifique por las características específicas de cada trabajo¹⁸. A someter a escrutinio las desigualdades normativas de trato entre trabajadores, el Tribunal no ha insistido tanto en la comparabilidad de las situaciones (en su identidad real) como en la razonabilidad misma de la distinción normativa entre trabajadores¹⁹. Se ha podido decir que “la jurisprudencia ha administrado con serenidad presión igualitaria e invocaciones de sus principios”²⁰ aunque sin desconocer con ello la preeminencia del principio de igualdad.

Esta moderación y autolimitación de nuestro órgano de justicia constitucional, mucho mayor que en otros sistemas de justicia constitucional, como p.ej. el austríaco, puede elevarse a característica del “modelo español de igualdad”²¹. Sin embargo esa moderación respecto al control de igualdad sobre el legislador no ha operado en todos los aspectos de la igualdad (en particular respecto a la no discriminación), ni respecto a otros destinatarios de la igualdad distintos al legislador.

2. IGUALDAD Y TUTELA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

La igualdad de los tratamientos normativos de origen legal ha tenido mayor incidencia cuando el principio de igualdad ha operado en apoyo de otros derechos o valores constitucionales. Con alguna ambigüedad, tal ha sido el caso de la STC 31/1984 referida a una diferenciación salarial en relación a la edad, la cual no se ha declarado inconstitucional, pero por estimar que la misma no es aplicable cuando los trabajadores jóvenes realizan un trabajo de igual valor que el de los de más edad²². También, en conexión con el art. 17 ET, el art. 14 CE ha operado para corregir diferencias de trato peyorativas a consecuencia del ejercicio de otros derechos constitucionales, como la libertad religiosa, la libertad de expresión. En este sentido se comprueba el doble papel del principio de igualdad, a la vez un derecho fundamental en si mismo y una condición de ejercicio de otros derechos fundamentales²³.

La igual protección en los derechos está en la base del principio de igualdad²⁴, y afecta, claro está, a todos y cada uno de los derechos fundamentales, como se reconoce explícitamente en el art. 149.1 CE. En este sentido, toda diferenciación de trato en un derecho fundamental deviene al mismo tiempo desconocimiento de ese derecho fundamental y lesión del principio de igualdad; aún más, desde la desigualdad “peyorativa” es desde la que puede deducirse o descubrirse la violación del derecho fundamental.

¹⁸ P.ej. STC 56/1988

¹⁹ Rodríguez-Piñero, M. “Principio de igualdad y Derecho del Trabajo”, en DGSJE, “El principio de igualdad en la Constitución Española”, Madrid, 1991, II, pag. 1078.

²⁰ García Fernández, M. “Prólogo” en Martínez Roca, L.G., “Decisiones empresariales y principio de igualdad”, Barcelona, 1998, pag.23

²¹ Cfr. una reflexión similar para el caso francés, Mélin-Soucrmanien, F. “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, Paris, 1997, pag. 319 y ss.

²² Cfr. García Ortega, J. “Las desigualdades salariales”, Valencia, 1994, pag. 20 y ss.

²³ Mélin-Soucrmanien, F. “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, cit., pag. 300

²⁴ Cfr. para el influyente caso norteamericano, Perry, M.J., “The Constitution in the Courts”, Nueva York, 1994, pag. 136 y ss.

El campo de las relaciones laborales ha sido uno de aquellos en los que la conexión entre igualdad y otros derechos fundamentales se ha hecho más evidente, y ha permitido invocar el art. 14 CE como reforzamiento para la protección de otros derechos fundamentales²⁵. Quizás el caso más típico sea el relativo a la libertad sindical, no debe olvidarse que, como también ha ocurrido en la normativa de la OIT, la primera referencia en nuestra jurisprudencia constitucional al término discriminación haya sido en relación con la libertad sindical, y desde la tutela de esa libertad se han montado las bases de la tutela antidiscriminatoria²⁶ que luego se ha aplicado de forma más incisiva incluso a las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el art. 14 CE.

El punto de partida para ello ha sido que la violación del derecho fundamental específico se exterioriza a través de una diferenciación de trato o de un trato peyorativo específico que permite deducir el carácter antisindical del acto o de la regla²⁷. La misma técnica se ha aplicado en relación con el derecho de huelga y también respecto a otros derechos fundamentales, como el de libertad de expresión que también es un derecho fundamental que sirve de soporte para el ejercicio de los derechos fundamentales, incluido el de libertad sindical. El Tribunal Constitucional ha entendido que la celebración de un contrato de trabajo no implica privar al trabajador de sus derechos constitucionales, que, aunque no legitimen la ruptura del marco normativo del contrato de trabajo, no permite que éste impida, más allá de los imperativos propios del mismo, el ejercicio de la libertad que la Constitución preserva²⁸.

En un plano distinto, la invocación del art. 14 CE conjuntamente con la del art. 28.1 ha permitido examinar la compleja problemática de las diferencias de trato entre sindicatos, en función de su mayor representatividad. Aún cuando el Tribunal Constitucional trate de operar desde el art. 28 CE, el control que realiza es un control típico de razonabilidad de las diferencias de trato entre sindicatos en función de su representatividad. En algunos casos ello ha permitido detectar violaciones del derecho fundamental pero, en otros, la mayoría, se ha declarado su conformidad con la Constitución, aunque exigiendo una adecuación objetiva y razonable entre el criterio diferenciador de la mayor representatividad y su fin, de modo que cuando sea injustificada o desproporcionada habrá de reputarse contraria a la Constitución, como vulneradora del principio de igualdad de trato

²⁵ Como formando parte del “orden público constitucional” (STC 108/1989) o, lo que es menos claro, derivado de la cláusula de cierre del art. 14 CE (Alonso García E., “El principio de igualdad del art. 14 C.E.”, RAP, 1983, pag.80 y ss.).

²⁶ Cfr. Sanguinetti Raymond,W. “Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales”, Madrid, 1993

²⁷ Por todas, STC 82/1997 (vid. comentario de la misma por Martín Cubas, RGD, 636, 1997, pag. 10521 y ss.) y STC 74/1998.

²⁸ STC 88/1985. Sobre la misma, vid. Fernandez Lopez, M.F. “Libertad ideológica y prestación de servicios”, RL, I, 1985, pag. 57 y ss. Sobre el tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, vid. Del Rey Guanter, S. “Derechos fundamentales del trabajador y contrato de trabajo”,RL, 1995,pag. 181 y ss.; Valdés Dal Re,F. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, RL, 1990, I, pag. 277 y ss.; Rodríguez-Piñero, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, RL, 1996, I, pag. 107 y ss.

entre sindicatos, incluido en el art. 28.1 CE²⁹, o en la medida que no vulnere las exigencias de los arts. 28.1 y 14 CE³⁰.

3. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El principio de igualdad en su vertiente subjetiva de “power-conferring rule”, concede a los ciudadanos el derecho a ser tratados por igual en la actuación de los poderes públicos, tanto la Administración laboral³¹ como los órganos judiciales. No sería operativa la exigencia de igualdad en los tratamientos normativos si no se exigiera al mismo tiempo un cierto grado de igualdad en la aplicación del Derecho. Se habla así de la igualdad en la aplicación de la ley, cuyo desarrollo jurisprudencial más significativo se ha dado en relación con la actividad judicial. Sin embargo la vertiente subjetiva de la igualdad en este concreto aspecto, ha reducido considerablemente el impacto de la exigencia de igualdad aplicativa.

Por de pronto, el obligado al principio de igualdad no es el poder judicial en su conjunto, sino el órgano judicial concreto. El principio de igualdad no opera así como mecanismo para asegurar la unidad de jurisprudencia o la uniformidad de la doctrina legal³², sino solo como instrumento para evitar que un mismo juez o tribunal resuelva de forma contradictoria supuestos de hecho idénticos³³, salvo que la contradicción implique un cambio razonado de criterio con proyección para el futuro, al ser legítimo apartarse de los propios precedentes, que no son vinculantes³⁴. El art. 14 CE excluye que “la resolución finalmente dictada aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso”³⁵; a la postre, la igualdad en la aplicación

²⁹ SSTC 98/1985, 184/1987, 217/1988, 7/1990, 32/1990, etc. Cfr. Casas Baamonde, M.E., “La mayor representatividad sindical y su moderación en la jurisprudencia constitucional española”, RL, 1988, II, pag. 345 y ss.; Montoya Melgar, A. “El sindicato más representativo en la LOIS y la STC 98/1985”, AL, 1,10, 1986, pag. 473 y ss.

³⁰ SSTC 263/1994 y 188/1995. Cfr. Escudero Rodríguez, R. “La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español”, Madrid, 1990, pag. 55 y ss.; García Murcia, J. “Organizaciones sindicales y empresariales más representativas”, Madrid, 1987; Valdes Dal-Re, F. “El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad”, RL, I, 1993, pag. 79 y ss.

³¹ Un caso de desigualdad de trato por parte del Fondo de Garantía Salarial se examinó en la STC 51/1986, en la que se denunciaba la diferencia de trato resultante de la aplicación de criterios distintos a unos trabajadores de una misma empresa en la misma situación, destinatarios todos ellos de la misma normativa. En el proceso, el Fondo de Garantía Salarial reconoció esa diferenciación de trato pero hizo constar que resultaba de un error en la aplicación de la norma, que se había aplicado correctamente a los que alegaban la desigualdad de trato. El Tribunal Constitucional, aun constatando el evidente y no motivado trato desigual realizado por el Fondo de Garantía Salarial, deniega el amparo porque “entre los derechos reaccionales que pudieran en este caso surgir frente a un tratamiento desigual derivado de un admitido error en la aplicación del Derecho, no se cuenta el de obtener un tratamiento contrario a las normas legales”.

³² Que el Tribunal Constitucional insiste no es misión suya tutelar, por todas, STC 30/1987.

³³ Exigencia que se impone con especial rigor; un caso típico de no equiparabilidad de situaciones es el de invalidez (SSTC 232/1991 y 53/1996)

³⁴ Como sintetiza la STC 29/1988, el principio de igualdad en la aplicación de la ley se vulnera cuando ante supuestos sustancialmente iguales el mismo órgano judicial resuelve en sentido contrario a como venía resolviendo los casos anteriores, sin que la nueva resolución judicial contenga una motivación del cambio de criterio, cambio que ha de tener, por lo demás, una vocación de generalidad y de continuidad” (F.J.2º).

³⁵ STC 55/1988

de la ley solo protege contra la pura arbitrariedad, el capricho o el favoritismo del órgano decisor, contra la respuesta singular y aislada al caso concreto planteado, cuya arbitrariedad se deduce de la insuficiencia de motivación. Esta ausencia de motivación, exigencia por su parte del art. 24 CE, de la diferencia de trato es la que permite reconocer la existencia de la violación del derecho fundamental.

De ahí que el juego real del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley haya sido bastante limitado en materia laboral, pese a que pueden darse más que en otras materias supuestos equiparables. Ha operado, más como excepción que regla, y sólo en casos en los que la diferenciación de solución judicial, por la identidad de los hechos y la posibilidad en el tiempo, hacia evidente la arbitrariedad. Un ejemplo es el caso tratado en la STC 55/1988 en que la Sala Sexta del Tribunal Supremo había resuelto de forma radicalmente opuesta en el plazo de 16 días dos asuntos sustancialmente iguales³⁶. El Tribunal Constitucional ha insistido que no existían diferencias relevantes en los hechos, que son “básicamente los mismos”, en que era el mismo el órgano judicial, y en que no había motivación que justificase el cambio de criterio (si es que pudiera haberlo en tan breve tiempo. Ello le lleva a declarar nula la Sentencia y a reconocer el derecho al demandante en amparo a que se dicte nueva sentencia en la que, o se le trate igual, o se justifique expresamente la desigualdad de trato. Pero la alternativa incluida en la Sentencia, muestra lo muy limitado de la operatividad del principio de igualdad en la aplicación de la ley³⁷, incluso en una materia como la laboral en donde resulta más fácil la existencia de situaciones equiparables.

4. LA IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Contemplado el papel del principio de igualdad frente a los poderes públicos, queda el problema de si hay otros “deudores” del principio de igualdad, sobre los que reposa la obligación de respetar el principio constitucional de igualdad. Tiene considerable importancia para el campo del Derecho del Trabajo, si el principio de igualdad tiene efectos horizontales, es una fuente de obligación para personas privadas respecto a otras personas privadas³⁸. Dejando de lado por el momento el tema de la discriminación, la posible incidencia de la igualdad sobre los “particulares” en las relaciones de trabajo se plantea tanto en el plano las relaciones colectivas de trabajo como en el del contrato de trabajo.

El reconocimiento constitucional del convenio colectivo y su regulación legal con eficacia general no excluye la naturaleza privada de las partes que lo pactan y del resultado mismo de la autonomía colectiva. Sin embargo, ello no ha llevado a excluir la aplicación del principio de igualdad al

³⁶ Un despido de dos hermanos, a consecuencia de una carta firmada por los dos donde dejan constancia de los hechos imputados al director de la empresa, carta que provoca el despido de uno y otro.

³⁷ Cfr. Ollero Tassara, A. “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”; Rubio Llorente, F. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” y “Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, ambos en “La forma del poder. Estudios sobre la Constitución”, Madrid, 1996; Suarez Rincon, J. “La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional”, PJ, 1986, IV.

³⁸ Cfr. Mélin-Soucramanien, F. “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, cit. pag. 268 y 275 y ss.

convenio colectivo, que ha sido aceptada con algunos matices por nuestro Tribunal Constitucional³⁹.

Según el Tribunal Constitucional, el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en un sistema de fuentes, se ha de someter a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución, incluidas las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Ello no afecta al establecimiento de regulaciones diferenciadas entre distintos convenios colectivos, ni a la sucesión entre convenios colectivos, pues el principio de igualdad juega solo en el ámbito territorial y funcional de un mismo convenio colectivo, dentro del cual no cabe establecer diferencias irrazonables⁴⁰. Sin embargo la jurisprudencia constitucional habla de unos “perfiles propios” del principio de igualdad en la negociación colectiva, de su diverso alcance respecto a otros contextos, también para hacerlo compatible con la autonomía colectiva, lo que implica que las partes colectivas puedan establecer en el convenio las diferencias de regulación que estimen convenientes⁴¹, pero con el límite de la arbitrariedad, pues la STC 177/1993⁴² ha afirmado que en los convenios colectivos “no se pueden establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo”.

El control del Tribunal Constitucional de las diferencias de tratamiento normativo establecidas en los convenios colectivos ha sido especialmente riguroso cuando la regulación convencional ha tratado de marginar, perjudicar o imponer injustificadamente condiciones peyorativas a unos trabajadores respecto de otros⁴³. Ha cuestionado la validez de convenios colectivos de empresa que excluían de su ámbito de aplicación a trabajadores con contrato de duración determinada, entendiendo contrario al principio de igualdad la exclusión del convenio colectivo de un grupo que carece de poder negociador por sí solo y cuya voluntad no era la de apartarse de la aplicación del con-

³⁹ No debe confundirse el tema del acceso al recurso de amparo del tema del control de una desigualdad de trato creada por un convenio colectivo, con la vinculabilidad del convenio colectivo al principio de igualdad, como límite de orden público (Cfr. Fernández López, M.F. “Revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos”, REDT, 38, 1990; García Murcia, J. “La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo”, Madrid, 1992)

⁴⁰ STC 177/1988, que admite las diferencias salariales entre colectivos de trabajadores que realizaban funciones distintas y conformaban supuesto de hecho diversos, con un fin de la racionalización de la estructura salarial y de eliminación de diferencias previas y razonables (Cfr. Borrajo Dacruz, E. “Convenios colectivos e igualdad de trato”, AL, 1988, pag. 46).

⁴¹ STC 171/1989. Sin embargo la existencia de la negociación no supone presumir que el trato diferente responde a unos motivos compatibles con el art. 14 CE (STC 28/1992)

⁴² Que ha estimado injustificada una diferencia de cuantía de pagas extraordinarias en perjuicio de los trabajadores fijos discontinuos

⁴³ La STC 171/1989 no ha considerado contraria a la igualdad de trato una diferencia retributiva establecida a favor de los trabajadores ingresados con anterioridad a una fecha para compensar la pérdida de un beneficio, entendiendo la existencia de un motivo objetivo y razonable que excluía una desigualdad injustificada o arbitraria, pues no se trataba de marginar, perjudicar ni imponer injustificadamente condiciones peyorativas a unos trabajadores respecto de otros, sino de evitar una rebaja salarial a los primeros.

venio colectivo, de modo que tal exclusión significaba la desprotección absoluta de la regla colectiva⁴⁴.

Es significativo que el Tribunal haya afirmado que el criterio más objetivo para comparar y para poder diferenciar a los trabajadores es el trabajo realizado, el que el trabajo desempeñado por unos y otros sea diferente, lo que no se ha demostrado que ocurra entre los trabajadores fijos y los eventuales. La identidad de trabajo es la que impide que sea un motivo objetivo y razonable una diferenciación tan radical de trato normativo basada exclusivamente en la temporalidad y fijeza del trabajador⁴⁵. Ha de destacarse el especial rigor con el que se ha aplicado el test de la razonabilidad, que ha ido más allá de la mera racionalidad o no arbitrariedad, para comprobar si el criterio diferenciador elegido era compatible con los valores constitucionales en torno al trabajo⁴⁶.

5. PRINCIPIO DE IGUALDAD, CONTRATO DE TRABAJO Y PODERES EMPRESARIALES

La posible aplicación del principio de igualdad en el marco del contrato de trabajo, tanto en el tratamiento normativo producto de la autonomía individual privada, como en relación con el ejercicio de los poderes empresariales, es un tema polémico. El contrato de trabajo es más permeable que otros contratos privados al ejercicio de los derechos fundamentales, pero las conclusiones a las que se llega en materia de derechos fundamentales, incluido el principio de no discriminación, no pueden extenderse sin más al principio de igualdad.

Los problemas que plantea la igualdad como límite en el marco del contrato de trabajo son sustancialmente distintos de los que plantean los derechos de libertad. En éstos ha de evitarse que el contrato de trabajo implique sacrificios injustificados de los derechos de ciudadanía, de la intimidad, la salud e integridad física, la libertad de opinión, la libertad de expresión, la libertad de asociación, etc. En el caso de la igualdad, su inobservancia no supone para el trabajador la disminución de sus derechos fundamentales como ciudadano, lo que se plantea es si en el juego de la libertad y autonomía contractual, las partes del contrato, particularmente el empresario, al establecer una cláusula contractual o al adoptar una decisión no deben establecer diferencias de trato caprichosas o arbitrarias, condicionándose por previos pactos o decisiones adoptados respecto a otros trabajadores.

⁴⁴ SSTC 52/1987 y 132/1987. Ello no impide la existencia de diferencias normativas en el convenio colectivo entre trabajadores fijos y temporales, p.ej. en materia de antigüedad que el Tribunal Supremo ha declarado no contradice el art. 14 CE (SSTS 31 y 27 de diciembre de 1997). Por ello no cabe hablar propiamente de la temporalidad como una causa de discriminación creada por nuestra jurisprudencia (como hace p.ej. Martínez Rocamora en “Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad”, *op. cit.* pag. 189) al no existir un mandato de parificación, sino más bien de no marginación de los trabajadores temporales. La situación es diferente si el criterio de la temporalidad implica una discriminación indirecta en relación con el sexo (Cfr. Nores Torres, L.E. “Contratos temporales y prohibición de la discriminación sexual (a propósito de la STC 173/1994, de 7 de junio”, TS, núm. 66, 1996, pag. 40 y ss.)

⁴⁵ Cfr. Baylos Grau, A. “Trabajo temporal y no discriminación”, RL, 21, 1987; Alonso García, E. “Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla”, REDT, 29, 1987; Fernández López, M.F. “La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos”, RL, 1988, I, pag. 389 y ss.

⁴⁶ Se ha criticado el riesgo de someter el convenio colectivo a un tipo de control de optimización de la igualdad particularmente intenso al que no se somete el legislador estatal (Cfr. Fernández Loez, M.F. “La exclusión de los trabajadores temporal del ámbito de los convenios colectivos”, RL, 9, 1987, pag. 39)

Si el principio de igualdad se aplicara en todas sus consecuencias en un contrato de trabajo, existiría un límite muy incisivo en la autonomía contractual y en el poder de dirección, el empresario estaría obligado a tratar por igual a todos los sometidos a sus poderes directivos y no podría pactar o realizar diferencias de trato que no estén debidamente justificadas entre trabajadores que estén en igual situación, o realicen un trabajo de valor igual. Negar por completo la aplicación del principio de igualdad, por el contrario, supondría someter al trabajador a las eventuales arbitrariedades del empresario partiendo de una presunta “individual’s freedom to be irrational”. Posiblemente, la solución a que ha de llegarse excluya tanto la aplicación sin matices del principio de igualdad a todas y cada una de las decisiones empresariales, que se someterían a una revisión de razonabilidad, como la de entender que ni la autonomía contractual ni el poder de dirección se encontrarían afectadas por el principio de igualdad, siendo libre el empresario para tratar de forma desigual a sus trabajadores según su libre criterio y sin límite alguno más allá de la no discriminación por motivos vedados.

La jurisprudencia constitucional ha admitido la validez de diferencias salariales que no posean un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas vedadas por la Constitución (SSTC 34/1984 y 128/1987). La STC 161/1991⁴⁷ ha reiterado que el empresario, respetando los mínimos legales y convencionales, tiene un margen libre de disposición para establecer la retribución de cada uno de sus trabajadores, siempre que no incurra en discriminación, pero ha señalado que esa conclusión resulta aplicable solo en el ámbito de las relaciones entre particulares, pero no en el caso de una Administración Pública, que sí se encontraría sujeta al principio de igualdad.

De la propia jurisprudencia constitucional se deduce también que la no aceptación de la eficacia horizontal inmediata del principio de igualdad en el contrato de trabajo, no significa la irrelevancia del principio de igualdad en la conformación del contrato de trabajo y en desarrollo de los poderes empresariales. No debe olvidarse la interconexión que existe en la jurisprudencia constitucional entre el reconocimiento del derecho fundamental y su accesibilidad al recurso de amparo, que lleva con frecuencia a denegar este acceso y esto se razona sobre la inexistencia del derecho fundamental. De la jurisprudencia constitucional lo que se deduce sobre todo es que la cláusula general de igualdad no sería invocable directamente en el recurso de amparo frente a decisiones o actos empresariales.

Según el Tribunal Constitucional, las relaciones entre particulares, si bien con matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad (STC 171/1989), que además en el caso del contrato de trabajo no puede dejar de vincularse con la desigualdad de poder entre las partes y el ejercicio empresarial de su poder directivo (Chieco). Ello puede explicar que el reconocimiento de la libertad empresarial, cuando no existan criterios constitucionales en contra, haya sido más intenso en materia de libertad de “mejoras” salariales por encima de los mínimos legales y

⁴⁷ Que ha otorgado amparo a unos médicos del Instituto Catalán de la Salud que prestaban sus servicios en un centro de asistencia primaria y que recibían menos retribuciones que otros médicos de un centro similar que realizaban las mismas funciones, por entender que suponía una diferencia injustificada de trato que vulneraba el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

convencionales, a la que se refería la importante STC 34/1984, que en otros aspectos del ejercicio del poder directivo empresarial.

El poder empresarial, en cuanto poder jurídico, no puede ejercerse en contra de valores constitucionales, como la salud y la seguridad de las personas, la libertad y la dignidad humana. La STC 54/1995 reitera la doctrina sentada en las SSTC 22 y 173/1994 y rechaza que exista infracción del art. 14 CE “puesto que no se acredita que la conducta empresarial esté fundada en alguno de los motivos de discriminación contrarios a este derecho fundamental, de modo que la diferencia de trato, no imputable a la normativa aplicada, sólo podía ser relevante si existiera un principio jurídico que impusiese la equiparación entre los desigualmente tratados y si no se apreciase una justificación razonable para la diferenciación operada”.

Pero esa dignidad puede ponerse en peligro cuando de las circunstancias del caso la arbitrariedad del tratamiento diferenciador puede resultar vejatorio para el perjudicado. Por ello no cabe llegar a una conclusión al respecto sin tener en cuenta las circunstancias del caso, que permitan distinguir entre la desigualdad perjudicial y el agravio comparativo, según que el empresario solo favorezca a algunos o suponga un perjuicio para el afectado, como diferencia “sancionadora”, lo que también se relaciona con el número relativo de los perjudicados (Martínez Rocamora). Una diferencia por su manifiesta arbitrariedad y carencia de fundamento alguno puede ser vejatoria y lesiva de la dignidad del trabajador.

Desde esta perspectiva, la igualdad operaría sobre todo como un límite al uso arbitrario o no racional de los poderes empresariales, y por ello de la autonomía privada, integrándose como cláusula general en el contrato de trabajo, aunque ello suponga una degradación de la igualdad a efectos de su protección judicial. La exclusión de la arbitrariedad en el ejercicio del poder empresarial se expresa de forma específica en la exigencia legal de que determinadas decisiones empresariales que se legitiman en función de la concurrencia de una causa económica o técnica, como ocurre en los despidos económicos, los cambios sustanciales de condiciones de trabajo o la movilidad, o el uso correcto de una facultad jurídicamente condicionada como el poder disciplinario. Todo ello supone tutelar el interés del empresario incluso a costa del interés del trabajador, en cuanto exista un nexo de proporcionalidad y congruencia de la decisión empresarial respecto al fin perseguido, que, en síntesis, es el llamado interés de la empresa, como determinación racional del interés personal del empresario (Barbera), conectando el poder de dirección con la libertad de empresa del art. 38 CE, de la que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio, en conexión con la defensa de la productividad y de acuerdo con las exigencias económicas.

Cabe plantear si esas exigencias legales específicas de racionalidad permiten deducir un principio general de exigencia a ser tratado igual que los demás, ejercicio no arbitrario de los poderes empresariales; o sea si la libertad de empresa ha de ejercitarse de forma racional, y no faculta decisiones empresariales arbitrarias o caprichosas contrarias al interés legítimo del trabajador.

El juego del principio de igualdad en el contrato de trabajo tiene así un papel muy limitado. En primer lugar, el alcance de la igualdad en el contrato de trabajo carece de relevancia constitucional a efectos de su invocabilidad como derecho fundamental en el recurso de amparo. Pero ello no excluye su invocabilidad ante la jurisdicción ordinaria como principio y como valor constitucional que

íntegra y se integra en el contrato de trabajo, interiorizada en los esquemas propios del contrato (Fernández López), o en la cláusula general de la buena fe (Gil y Gil), que el Tribunal Constitucional ha utilizado también en relación con el alcance de otros derechos fundamentales (STC 99/1994).

Todo ello explica el posible contraste entre la jurisprudencia constitucional y la ordinaria, que debe ser más sensible a la exigencia del principio de igualdad. En el plano de la justicia constitucional, el problema se plantea como rechazo a una valoración en el recurso de amparo de las diferencias de trato de origen empresarial, rechazo que tiene su fundamento en el ámbito limitado propio de la justicia constitucional, pero que no es extensible sin más a los Tribunales ordinarios, que ante una pretensión que alega una desigualdad arbitraria de trato no puede dar como respuesta la falta de contenido constitucional de la demanda. Pero ese control judicial de igualdad es, sobre todo, un control de no arbitrariedad, o, desde otra perspectiva, de no abuso de la posición de empresario para excluir la desigualdad de trato “especialmente perversa, por ser expresión de una libertad caprichosa e inexplicable”, dado su “carácter irracional o aberrante” (Martínez Rocamora).

6. DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

El art. 14 CE, además de consagrar el principio de igualdad y reconocer un derecho fundamental a la igualdad, establece una prohibición de discriminación por razones específicas de la que se deriva un derecho fundamental a la no discriminación. La exigencia de razonabilidad de las distinción y de las parificaciones que impone el principio de igualdad permitiría deducir una prohibición de distinciones por razones arbitrarias, pero ha tenido unas manifestaciones específicas en relación con determinados criterios de distinción que la propia Constitución excluye directamente, por considerarlos especialmente rechazables u odiosos.

Se trataría de una igualdad determinada por la previsión en la Constitución de discriminaciones expresamente prohibidas⁴⁸, que figuran en el art. 14 CE, al aludir al hecho de que no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquiera otra condición personal o social. La utilización del término discriminación en este segundo inciso, ha permitido deducir que la prohibición de discriminación no es solo una manifestación específica incluso innecesaria del principio de igualdad, sino un complemento ya añadido que tiene particular significación.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional no destacó el salto cualitativo que suponía el segundo inciso del art. 14 CE. Aun más, utilizó el término discriminación para calificar cualquier diferencia injustificada y arbitraria de trato carente de una justificación objetiva y razonable, entre las que se incluirían, desde luego, las expresamente vedadas en el art. 14⁴⁹. Con alguna influencia de la doctrina norteamericana sobre el “strict scrutiny”, esa lista se consideró en un primer momento como solo un mayor rigor de exigencia en la demostración del carácter justificado de la diferenciación basada en esas circunstancias. La discriminación por motivos específicos así contemplada

⁴⁸ Merlin-Soucramanien, F. “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, cit. pag. 69 y ss.

⁴⁹ STC 22/1981

presupondría un juicio de igualdad mas exigente y riguroso⁵⁰, de trato por presumirse arbitraria e irrazonable la diferencia basada en una de esas circunstancias.

Poco más tarde el Tribunal Constitucional interpretará el inciso segundo del art. 14 CE en un sentido más intenso, al considerar que el precepto constitucional supone la “interdicción de tener en cuenta cómo criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona”⁵¹. Se configura la prohibición de discriminación como un mandato de paridad y de exclusión, en principio, de la relevancia de esas circunstancias en el establecimiento de diferencias normativas. Se trata de una visión neutra y bilateral de la no discriminación. Ello explica que en un primer momento en relación con la igualdad entre los sexos, el art. 14 CE haya sido utilizado fundamentalmente por varones. En diversas sentencias constitucionales la parte actora es un “varón discriminado”, que aspiran y consiguen que se extienda a ellos algunos beneficios existentes a favor de la mujer⁵². Esa línea jurisprudencial de mandato bilateral de paridad, se confirma en la materia salarial en la importante Sentencia 31/1984.

No son despreciables las consecuencias de esta doctrina, puesto que al declararse que no se puede utilizar el sexo o género como criterio diferenciador en materia de horarios, salarios, prestaciones de la Seguridad Social, se está imponiendo un mandato de parificación entre trabajadores y trabajadoras cuya situación de desigualdad cuestiona el art. 14 CE. El rigor de las consecuencias del no respeto de la prohibición, y también la salida consistente en la extensión del trato más favorable al grupo preterido, no deja de tener consecuencias muy directas en la mejora de la situación laboral y de empleo de las mujeres, pero no resulta suficiente. El examen de la discriminación desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad, aun con un control estricto, tiene el inconveniente que puede aceptar lo que de lógico y racional, desde prejuicios heredados, puede existir en las diferencias de trato entre hombres y mujeres⁵³.

En el propio seno del Tribunal Constitucional⁵⁴ se criticó esta visión neutra de la paridad entre los sexos por entender que suponía desconocer que la diferenciación de trato en materia de pensiones entre viudas y viudos partía de la existencia de unos grupos sociales que están en una situación distinta, y de una división del trabajo doméstico y del trabajo asalariado en perjuicio de la mujer,

⁵⁰ STC 81/1982

⁵¹ STC 83/1984. Sobre la jurisprudencia constitucional inicial sobre discriminación en el empleo por razón de sexo, vid. Perez Del Rio, T. “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del trabajo”, Madrid, 1984.

⁵² En relación con diferencias entre hombre y mujer en trabajos nocturnos (STC 81/1982, 98/1983 y 10/1985), en relación con el retiro anticipado de auxiliares de vuelo (STC 207/1987), o en relación con la diferencia de trato entre viudos y viudas en materia de pensiones de Seguridad Social (STC 103/1983, entre otras muchas). Sobre esta lógica del “varón discriminado”, vid. las siempre atinadas observaciones sobre estas sentencias de Alonso Olea, en “Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional”, REDT, 1983, pag. 603 y ss. y en “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, en los tomos correspondientes.

⁵³ La sociedad “durante siglos ha convertido las características innatas de los sexos e uno de los factores legitimadores más claros, formal e informalmente, de una distribución diferenciada de derechos y obligaciones” (Moller Okin, “Justice, Gender and the Family”, Basic Books, 1989, pag. 5.

⁵⁴ Vid. Voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente en la STC 103/1983.

que ha tenido más dificultades que el varón para incorporarse al mundo del trabajo y percibido menos retribuciones, lo que implica que no sea la misma la situación de necesidad típica creada por la desaparición del varón que la creada por la desaparición de la mujer, todo ello sin perjuicio de que la desigualdad cuestionada deba ser eliminada en cuanto que perpetúa esa situación social discriminatoria.

La consideración de esa diversidad de planos, el de la diferencia de trato jurídico y el de la distinción de roles y posibilidades sociales que configura la situación social de discriminación de la mujer, exigía una distinta lectura del art. 14 CE más en clave de tutela discriminatoria, y más acorde con los instrumentos internacionales que han generalizado la utilización del término “discriminación”, para calificar los fenómenos de desigualdad y marginación social en materia de empleo⁵⁵. Este sentido específico del concepto de discriminación se admite desde un principio en la jurisprudencia constitucional más allá de la lógica de la igualdad de trato para referirse a la protección de otros derechos fundamentales⁵⁶. La consideración como discriminación constitucionalmente vedada de actos en los que no entra en juego directamente el derecho a la igualdad, ni tampoco ninguna de las razones previstas en el art. 14 CE, permitió configurar una noción de discriminación valorativa, contemplada desde la perspectiva de la víctima de la represalia o perjuicio derivado del ejercicio de un derecho fundamental, como distinción o exclusión o preferencia basada en y con efecto de impedir el ejercicio del derecho.

Desde esa noción se pudo dar el paso de extenderla a los supuestos específicos previstos en el art. 14 y de aplicarles, además, los ejes de la tutela antidiscriminatoria según la jurisprudencia constitucional, la alteración de la carga de la prueba y la nulidad radical del acto.

7. EL CARÁCTER VALORATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN: EL CASO DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

La interdicción de la discriminación del art. 14 empieza a perder en la jurisprudencia constitucional el carácter meramente bilateral y neutro con el que se entendió en un primer momento, y se comienza a entender que dicha interdicción no solo trata de evitar unas diferencias de trato, potenciales o existentes, de carácter “odioso” por rechazable, por su contrariedad a la dignidad humana, sino también trata de proteger a los grupos desfavorecidos para asegurarles la efectiva igualdad, apareciendo la paridad como medio y la igualdad efectiva como fin, convirtiéndose el principio de no discriminación en un derecho humano irrenunciable, que afecta a la esencia de su dignidad⁵⁷. En

⁵⁵ Vid. art. 1, Convenio 111 OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, y el art. 1.1 del Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1948.

⁵⁶ STC 38/1981, en relación con la libertad sindical, 120/1983, 88/1985 y 6/1988 en relación con otros derechos de libertad.

⁵⁷ De ello puede servir de testimonio la reciente aprobación en la 86 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de una importante Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en la que se reconoce que los principios y derechos expresados en el Convenio 111 han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT, y vinculan a todos los Estados Miembros que han de respetarlos fielmente.

ello ha tenido especial influencia el tratamiento de la discriminación en el empleo por razón de sexo en el Derecho comunitario y, en especial, la jurisprudencia al respecto del T.J.C.E.⁵⁸.

Con el tiempo, el Tribunal Constitucional español ha puesto en conexión la lista de discriminación expresamente prohibida con el objetivo de eliminar discriminaciones existentes en el caso particular de las diferencias de género en relación generalmente con la temática laboral aceptando un enfoque más valorativo y unilateral de la tutela antidiscriminatoria que supone diferenciar el genérico principio de igualdad de la prohibición de la discriminación, como había defendido un sector de la doctrina⁵⁹. El art. 14 CE, trata de romper esos prejuicios⁶⁰ y de suprimir desde el presente y para el futuro las discriminaciones existentes de determinados grupos sociales “victimizados” entre ellos las mujeres en su conjunto. La paridad de trato opera sobre todo como instrumento de protección del grupo desfavorecido y de quienes pertenecen al mismo. En el marco de la discriminación en sentido propio, la diferenciación de trato frente a la norma estándar actúa en contra del sujeto discriminado y tiene su base en ciertos rasgos suyos personales y sociales y esa diferenciación, en sí misma y en su relevancia global ponen en peligro la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona humana. Por ello el art. 14 CE no sólo considera irrazonable unas diferencias de trato, sino que pretende eliminar unas situaciones preexistentes o el riesgo de que se produzcan. En el caso del trabajo de la mujer la situación de partida es su marginación en el trabajo.

Entre el principio de igualdad en sentido estricto y el principio de no discriminación hay un elemento común, la prohibición de discriminaciones arbitrarias. El juicio de no arbitrariedad es un juicio de razonabilidad de las diferencias de trato, pero la razonabilidad se conecta con la proporcionalidad de la medida diferenciadora y la funcionalidad de la misma a la consecución de un objetivo o finalidad que establece el legislador⁶¹, y es como se ha visto un juicio poco incisivo para evitar el riesgo de limitar la capacidad de decisión del poder político, y sustituirla por la del órgano de justicia constitucional. En el caso de la no discriminación la Constitución no solo ha definido la arbitrariedad del criterio, sino que más que hacerlo sospechoso⁶² lo ha excluido en principio como

⁵⁸ Vid. al respecto, por todos, Cruz Villalon, J. (coord.), “La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral”, Pamplona, 1991

⁵⁹ Cfr. Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López M.F. “Igualdad y discriminación”, Madrid, 1986.

⁶⁰ Sobre la discriminación como resultado de prejuicios que la perpetúan, vid. Barbera, M. “Discriminazione di eguaglianza nel rapporto di lavoro”, cit. pag. 142 y ss.

⁶¹ En el juicio ordinario de igualdad se examina si son equiparables las situaciones que se tratan diferentemente, y ello permite mantener y reafirmar muchas diferencias de partida preexistentes. La lógica es la de que, puesto que son desiguales, pueden ser tratados de forma desigual. En el juicio de discriminación la existencia de una diferenciación de partida es precisamente lo que trata de corregirse, en la medida en que la misma se justifique o explique a consecuencia de la diferencia de sexo. Este cambio de enfoque es muy significativo en cuanto a la aceptabilidad de una razón objetiva que trate de explicar la diferencia de trato y la intención del legislador, pues no basta aquí una mera proporcionalidad o razonabilidad, sino que ha de estarse al control del resultado concreto de la diferenciación de trato en cuanto a su efecto o impacto real discriminatorio (Cfr. Lochak, D. “Réflexions sur la notion de discrimination”, DS, 1987 pag. 778).

⁶² Aunque este enfoque estricto y este control más riguroso permite controlar diferencias de trato, al permitir un examen de razonabilidad de medios y legitimidad de fines, puede llevar de hecho a la admisión, en función de valores predominantes, de muchas de las diferencias de trato existentes en el empleo entre hombres y mujeres. El problema no es que exista un margen más estrecho de decisión, sino que ese margen de decisión pueda llevar a diferencias de trato que

factor de diferenciación, con el fin de corrección de desigualdades. No se trata solo de asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, sino también conseguir esa igualdad efectiva a través y por medio del Derecho.

La incidencia más profunda de la penetración de los derechos fundamentales en la relación de trabajo se ha dado en materia de discriminación. El tratamiento de la discriminación en el empleo tiene un problema peculiar, y es que, en la mayor parte de los casos, no se trata de discriminaciones establecidas por el legislador. Tales discriminaciones han existido, algunas aun puede que permanezcan, pero en su mayor parte las disposiciones legales formalmente no se han saltado el mandato contenido en el art. 14 CE, los problemas que plantea la discriminación derivan en parte de otras fuentes infralegales, en particular de la negociación colectiva, y sobre todo de situaciones de hecho que tienen por base o prácticas contractuales o decisiones empresariales. Ello explica que la mayor parte de las decisiones del Tribunal Constitucional en relación con la no discriminación por razón de sexo no se refieran al respeto del principio de igualdad y no discriminación por el legislador, sino que ha tenido lugar sobre todo en recursos de amparo, y ante situaciones que desde la legalidad podrían haber sido ya corregidas, y de hecho ahora ya lo son, por los Tribunales ordinarios. Por otro lado, por su naturaleza relacional, el principio de no discriminación afecta no solo a la dimensión individualizada de la relación trabajador y empresario, cuestiona y afecta también a las relaciones entre trabajadores y trabajadoras, sometiéndolas a escrutinio y control.

Para el caso de la mujer y del tratamiento de su empleo, el punto de partida de la interpretación del art. 14 CE, aunque el mismo no se refiera expresamente a ella, ha de ser la constatación del hecho de que las mujeres han venido siendo sistemáticamente marginadas o colocadas en una posición secundaria en el trabajo por ser mujeres, y que respecto a ellas los varones como tales han venido gozando históricamente y siguen gozando de una posición de ventaja. Ello ha de ser tenido en cuenta en la interpretación y aplicación del precepto constitucional, que no puede ignorar la marginación de la mujer en el mundo del trabajo, que el precepto constitucional trata de evitar⁶³.

A partir de la importante Sentencia 128/1987, el Tribunal Constitucional ha aceptado un alcance menos bilateral y neutral del principio y derecho a la no discriminación por razón de género. La Sentencia admite que en el art. 14 CE existen dos diferentes incisos, el primero referido a la cláusula general de igualdad, y el segundo a la prohibición de motivos concretos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo y que “representa una explícita interdicción del mantenimiento de

mantengan y consagren diferencias de partida. No es la gradación del control sino el método del control el que tiene que cambiar si la prohibición de no discriminación en el empleo ha de tener un alcance de rectificación inmediata de errores o desviaciones del pasado, lo que afecta muy especialmente a determinar quienes han de ser los principales beneficiarios del derecho a la no discriminación, que no pueden ser otros que el grupo desfavorecido por una discriminación social de partida, las mujeres.

⁶³ En este sentido tiene razón María Fernanda Fernández cuando afirma que el sexo no es un factor diferencial cualquiera y que las diferencias con base a él no sólo no están prohibidas, sino que vienen exigidas para lograr la verdadera igualdad y sólo en cuanto tienden a lograrla, sólo serán legítimas las diferencias que tiendan a superar la marginación: por eso no lo son, en cambio, aquellas que constituyen simples manifestaciones de la misma, o que, por responder a los valores que la han originado, la perpetúan (Cfr. “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, cit., pag. 160 y ss.)

diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado... a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”. Se conecta así la exclusión de la discriminación por razón de sexo con “la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina” y que se traduce en dificultades específicas para el acceso y promoción en el trabajo, situación que hoy persiste en la realidad social y “que no puede ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer”⁶⁴.

El tema específico tratado en la STC 128/1987 era relativo a una diferencia de trato a favor de la mujer cuya constitucionalidad se admite por entenderse dirigida a eliminar situaciones de discriminación existentes, iniciando una línea jurisprudencial que se ha llamado de “jurisprudencia compensadora”⁶⁵. Pero al mismo tiempo el nuevo enfoque ha dado un nuevo dinamismo a la protección constitucional contra la diferencia de trato por razón del sexo en perjuicio de la mujer, favoreciendo también a un mayor y más frecuente utilización por las mujeres de la vía del recurso de amparo.

La STC 128/1987 no solo confirma alguna jurisprudencia anterior equiparadora relativa a tratos diferentes y perjudiciales para la mujer por el hecho de serlo⁶⁶, sino que ha intensificado notablemente la operatividad del mandato de equiparación, al superar el planteamiento inicial excesivamente formalista de paridad entre los sexos, al margen de las situaciones y las prácticas discriminatorias de partida.

Desde luego, el mandato de parificación resulta imprescindible para eliminar las situaciones discriminatorias, pero a su vez ese mandato tiene que ser contemplado desde la perspectiva de la eliminación de la discriminación que permite una mayor intensidad en la consecución del objeto igualitario, en la medida que se reconoce que la tutela antidiscriminatoria ha de tener un enfoque distinto según el sexo de la víctima, al no ser equiparable en todo caso la situación de partida de los hombres y de las mujeres, también en relación con el trabajo y el empleo. Desde el objetivo de superar la situación laboral desfavorable de la mujer se abre una línea jurisprudencial para la protección en amparo de mujeres discriminadas en su trabajo que reaccionan frente a la discriminación que consideran que sufren.

8. DISCRIMINACIONES ABIERTAS Y OCULTAS

Al examinar si efectivamente la mujer ha sido víctima de una diferencia peyorativa de trato y si ha sufrido una discriminación en el trabajo por el hecho de serlo, el Tribunal Constitucional no ha

⁶⁴ F.J. 5

⁶⁵ Cfr. Bilbao Ubillos, J.M. y Rey Martínez, F. “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad constitucional”, cit. pag. 296. La importancia de esta sentencia fue destacada inmediatamente por Alonso Olea (“Sobre la “acción afirmativa” en cuanto a las condiciones de trabajo de la mujer”, REDT, 30, 1987, pag. 293 y ss.)

⁶⁶ Tal es el caso de la llamada cláusula de celibato en la Telefónica (SSTC 7, 8, 13, 15 y 86/1983, 34/1984 y 59/1993). Cfr. Rodríguez-Sañudo, F. “El principio de no discriminación y la dote por matrimonio”, en II Jornadas Hispano-luso-brasileñas de Derecho del Trabajo, Madrid, 1985 pag. 845 y ss.

tenido problemas en los casos de discriminación abiertas, directas y evidentes, en los que el motivo de la diferencia ha sido claramente el género⁶⁷. En otros casos ese motivo o razón es menos evidente, pero el Tribunal, yendo más allá del endurecimiento del *thema probandi* exigible para los casos de conducta antisindical o violación de derechos fundamentales⁶⁸, ha puesto el acento en el resultado objetivamente discriminatorio. De esta manera se amparan no solo las discriminaciones directas en las que el género ha sido el verdadero motivo del tratamiento desfavorable contra la mujer, sino también otras discriminaciones “ocultas” en las que existan otras razones aparentes para la diferencia de trato, aunque de verdad el sexo de la persona ha sido tomado en cuenta y ha influido en el establecimiento de esa diferencia⁶⁹.

Ello lleva a un análisis más profundo para comprobar si no existe una discriminación oculta, que no resulta evidente ni manifiesta pero cabe sospechar la existencia real tras la capa del motivo aparente de un motivo discriminatorio y abre la vía de la toma en consideración del carácter discriminatorio de los resultados del criterio diferenciador utilizado, lo que será decisivo para la aceptación de la noción de discriminación indirecta.

El despido de una mujer embarazada, enfermera interina en período de prueba, dio ocasión al Tribunal Constitucional para poner en práctica ese nuevo enfoque⁷⁰. Aunque el despido en período de prueba no sea un despido causal, el Tribunal Constitucional lo va a considerar discriminatorio, yendo más allá de la aparente razonabilidad de la medida y examinando la decisión empresarial desde la perspectiva de las prohibiciones específicas de discriminación del art. 14 CE, con la particularidad de que aquí no era el sexo en sí mismo, sino la situación de embarazo lo que había motivado el despido. La Sentencia relaciona el embarazo con el género, y conecta ese embarazo con la condición de mujer de la trabajadora y sus dificultades para el acceso al empleo.

De este modo, una resolución contractual legalmente aceptable vulnera el art. 14 CE al traspasar los límites que a la propia legalidad impone la Constitución cuando obliga al respeto de los derechos fundamentales, de modo que la facultad resolutoria no puede hacerse valer por causas al propio trabajo en contra de un derecho fundamental. Es decir, se integra el precepto legal, cuya constitucionalidad no se cuestiona, con el precepto constitucional, de modo que el ejercicio de una facultad empresarial libre se condiciona a no utilizarlo por causas ajenas al trabajo en contra de un

⁶⁷ Así, por ejemplo, la STC 216/1991 sobre la inadmisión de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire.

⁶⁸ Sobre la aplicación por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia elaborada en torno a tratamientos desiguales lesivos de otros derechos fundamentales, que asocia la tutela antidiscriminatoria a la genéricamente prevista para la defensa del derecho, y la tutela discriminatoria, y el efecto reductor de la tutela que de ello puede derivarse, vid. Fernández López, M.F. “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, cit. pag. 158 y ss.

⁶⁹ Rodríguez-Piñero, M. “Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria”, RL, 1992, I, pag. 20

⁷⁰ STC 166/1988. Sobre la misma, Alonso Olea M. “Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo”, REDT, 1988, num. 20, Rodríguez-Piñero, M. “Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora”, RL, I, 1991, pag. 3 y ss.

derecho fundamental, cuyo sacrificio se justifica solo cuando no sea “posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido”⁷¹.

En el supuesto del derecho a la no discriminación esta exigencia supone un control especialmente riguroso, dado el carácter prescriptivo del mandato de no discriminación. En el caso contemplado por la STC 166/1988, el motivo alegado para justificar el cese de la trabajadora fue que su embarazo no le permitía trabajar en la sección de diálisis a la que estaba adscrita. No cabría hablar por ello de la inexistencia de una causa ajena al trabajo, pues la trabajadora aceptó realizar tareas de esa índole antes de su embarazo, y luego invoca el derecho fundamental para eximirse de su realización, conectando ese embarazo con su condición de mujer, que impide la comparabilidad con un varón. Lo que se cuestiona es la justificación de la medida adoptada, por su conexión al embarazo, y pese a su aparente razonabilidad⁷².

El Tribunal ha considerado que el interés empresarial no justifica una medida sólo aplicable a mujeres por su resultado manifiestamente discriminatorio cuando no se haya demostrado que existieran otras posibilidades distintas al cese para compatibilizar trabajo y embarazo. Debe destacarse que no se habla de la protección del embarazo, sino solo del resultado discriminatorio de una medida que solo puede ser aplicada a mujeres. Pero con ello se va más allá de las discriminaciones directas no abiertas, camufladas u ocultas en las que el género es la verdadera razón de la decisión reales, pero se oculta a través de otra motivación aparente. También cuando existe una “verdadera” razón o motivo, sus efectos discriminatorios pueden hacerlo discriminatorios al margen de toda intención discriminatoria. Los efectos no se utilizan ya para buscar el verdadero motivo, sino al margen de cual sea éste, la tutela contra un resultado discriminatorio. Con ello se entra en el terreno de la discriminación indirecta⁷³.

Un paso al respecto lo da la STC 145/1991⁷⁴ la cual ha entendido que la definición sexista de las categorías profesionales es discriminatoria y ha aclarado, además, que el principio constitucional de no discriminación en materia salarial, incluye no solo igual trabajo por igual salario, sino también igual salario por trabajos equivalentes o de igual valor según la naturaleza y condiciones de la pres-

⁷¹ STC 6/1995, relativa sin embargo a la libertad de expresión. Sobre la misma, vid. Gala Durán, C. “Relación de trabajo y libertad de expresión”, RL, 1996, I, pag. 699 y ss.

⁷² La STC 3/1995, que por motivos procesales no ha entrado en el análisis del fondo del asunto, no ha cuestionado la conexión

existente entre el embarazo de la mujer como motivo de diferenciación y la tutela antidiscriminatoria. Vid. sobre la misma, Bordenave, H. “Recurso de casación para unificación de doctrina y recurso de amparo. Discriminación por razón de embarazo”, REDT, 76, 1996, pag. 349 y ss.

⁷³ Una primera recepción de la noción partiendo de la jurisprudencia comunitaria, en Ortiz Lallana, M.C. “El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas en razón del sexo en el ordenamiento comunitario y en España”, REDT, 1987, num. 29. Sobre la influencia en la STC 145/1992 de las Directivas comunitarias al respecto, también para interpretar el alcance del precepto constitucional, vid. Quesada, R. “Discriminación salarial por razón de sexo: Directivas comunitarias y Constitución”, RL, 19, 1992, pag. 34 y ss.

⁷⁴ En relación con diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras, aparentemente justificada por su distinto encuadramiento profesional. Vid. sobre la misma, Duréndez Saez, I. “La discriminación de la mujer en materia salarial”, RL, II, pag. 1445 y ss.

tación, al margen de las categorías profesionales en que se incluyan. La diferencia por sexo de categorías profesionales no es así la justificación, como hubiera sido de aplicarse el standard de la igualdad, sino el origen o instrumento a través del cual se formaliza la discriminación vedada. Por ello, el Tribunal examina si la propia diferencia de categorías profesionales resultaba discriminatoria, y ha entendido que lo era, no sólo por la definición sexista de la clasificación de “limpiadora”, sino porque, incluso si la misma hubiera sido formalmente correcta y neutra, enmascaraba la infravaloración, respecto a otros trabajos de igual valor, de un trabajo desempeñado predominantemente por mujeres, y supone un “trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos razonables desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador”.

La idea subyacente es la de que la organización productiva debe utilizar criterios neutros en cuanto a su impacto en trabajadores y trabajadoras, lo que implica una apertura de la base fáctica del juicio de igualdad que se relaciona con la idea de la discriminación por resultados, que es la que permite configurar la noción de discriminación indirecta. Ya la STC 145/1991 advierte al juez que frente a la alegación por una mujer de una discriminación en el empleo no puede limitarse a analizar la razonabilidad o la justificación objetiva de la diferencia de trato, sino que debe también comprobar “si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”, a través de una búsqueda obligada de la discriminación que “le ha de llevar a investigar la realidad subyacente hasta sus últimos límites, y a otorgar protección, si es preciso, en el borde mismo del principio de congruencia”⁷⁵.

Ese enfoque realista de la discriminación en relación con sus consecuencias y efectos, y que se corresponde a la función prescriptiva de la prohibición de discriminación, está muy influido por la normativa internacional al respecto, que incluye en la definición de discriminación también el resultado discriminatorio, de modo que se consideran discriminatorias reglas de limitación, exclusión o preferencia aparentemente neutras que producen efectos negativos y desproporcionados en los grupos perjudicados⁷⁶.

Esta producción de consecuencias desfavorables es la base de la noción de discriminación indirecta que en la valoración de las diferencias de trato incluye un control sobre los efectos de criterios aparentemente neutros. En la discriminación directa el sexo es el motivo real único o más decisivo para la diferenciación de trato, de modo que la mujer recibe un tratamiento desfavorable que no recibiría de no ser varón o, sobre todo, mujer. En la discriminación indirecta no aparece una razón o motivo discriminatorio, pero se adoptan parámetros profesionales, formalmente neutros, pero discriminatorios en sus efectos. La discriminación indirecta, al contrario de la directa, no exige un motivo o causa discriminatorio, sino supone una política, consciente o inconsciente, que tenga un efecto desfavorable sobre las mujeres, y que por ello se evidencia en los resultados, incluso empíricos, de esa práctica. La discriminación se revela aquí por el impacto diferente sobre trabajadores y trabajadoras del requisito o de la condición, y, por ello, por los efectos de la medida. Por ello, el

⁷⁵ Fernández López, M.F. “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, cit. pag. 165

⁷⁶ Barbera, M. “Discriminazione e eguaglianza nel rapporto di lavoro”, cit. pag. 269

concepto de discriminación indirecta obliga a una revisión crítica de percepciones sociales, de razonabilidad y neutralidad aparente, derivada generalmente de la adopción de estándares masculinos⁷⁷.

El efecto desproporcionado contra las mujeres, como punto de partida para valorar normas o prácticas, se vislumbra ya en la STC 128/1987. Su consideración impide alegar motivos relativos a exigencias de la empresa respecto a medidas empresariales con efecto real discriminatorio, que supongan innecesariamente una desventaja o perjuicio exclusivo para la mujer, siendo las consecuencias desventajosas para la misma un condicionamiento de la elección empresarial. La justificación de este nuevo enfoque se deriva también de la conexión que se hace entre el art. 14 y el 9.2 CE en relación con el objetivo de remover y suprimir situaciones discriminatorias, que debe llevar al juez a una actitud positiva y diligente tendente a su corrección⁷⁸.

A efectos de la tutela antidiscriminatoria no bastaría la corrección de las discriminaciones directas, abiertas u ocultas, pues si se trata de conseguir la igualdad efectiva de derechos entre trabajadores y trabajadoras y nivelar las condiciones de trabajo desiguales entre unos y otras, también han de considerarse vedadas constitucionalmente las discriminaciones de carácter indirecto.

Esto podía deducirse ya de la STC 145/1991, pero es más evidente en la STC 58/1994⁷⁹ que, aparte de imponer al empresario una rigurosa carga de justificar la diferencia de trato para excluir cualquier sospecha de que el género haya sido el factor determinante de la diferencia, reitera que el elemento de comparación no son ni las categorías ni la identidad de tareas, sino el trabajo de valor igual, en cuya valoración ha de garantizarse que los criterios de evaluación sean neutros y no discriminatorios.

En la misma línea, la STC 147/1995 ha reafirmado que ha de valorarse si los criterios empleados para la asignación de categorías son o no discriminatorios, y que no pueden considerarse neutros los factores o cualidades predominantemente poseídos por el género masculino, salvo que por la naturaleza del trabajo se requieran dichos trabajos y dicho trabajo tenga un valor específico diferenciado. Será preciso comprobar, afirma el Tribunal Constitucional, si se ha dado más valor a unas actividades que a otras y si se ha recurrido a factores discriminatorios, utilizando de forma injustificada, como patrón de medida, cualidades predominantemente predicables de un sexo⁸⁰.

La doctrina no ha cambiado, aunque se haya aplicado con menor rigor en la STC 286/1994, en la que el Tribunal Constitucional no apreció la discriminación indirecta de la clasificación de fun-

⁷⁷ Cfr. Saez Lara, C. "Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas", Madrid, 1994; Ballester Pastor, M.A. "Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral", Valencia, 1994; Quintanilla Navarro, B. "Diferencias salariales por razón de sexo", Madrid, 1996.

⁷⁸ STC 216/1991.

⁷⁹ En la que una diferencia salarial entre hombres y mujeres se trataba de justificar desde el criterio del mayor esfuerzo físico. Vid. sobre la misma, Cabeza Pereiro, J. "Discriminación salarial indirecta por razón de sexo", RI, 1994, II, pag. 480 y ss.; García Alfonso, J.M. y Garzas Molina, M.F. "Discriminación por razón de sexo", REDT, 68, 1994, pag. 959 y ss.; Montoya Melgar, A. "Discriminación por razón de sexo (cuatro sentencias del Tribunal Constitucional)", DI, 45, 1995, pag. 15 y ss.

⁸⁰ Guitián Olmedilla, J., Melendez, L. y Muñoz, M.J. "Un caso más sobre discriminación salarial por razón de sexo", REDT, 83, 1997, pag. 439 y ss.

ciones dentro de la empresa en atención al sexo, “lo que es muy discutible a la vista de los criterios comunitarios que el TC hizo suyos en la STC 58/1994”⁸¹, y también en la STC 198/1996, en la que a una auxiliar administrativo se le había asignado un puesto asimilado de “basculero” para el que se requería un esfuerzo físico notable, decisión que no se consideró discriminatoria porque la fortaleza física era un factor requerido por la naturaleza propia del trabajo⁸².

Al ponerse el acento en el resultado desfavorable para el sujeto perteneciente a un determinado sexo no sólo se permite profundizar en las discriminaciones directas, pero ocultas, sino también integrar en la protección constitucional discriminaciones indirectas «by effects», que tienen un efecto desfavorable en este caso sobre las mujeres. Ni las exigencias de la empresa ni las condiciones del mercado, aunque se funden sobre criterios aparentemente neutros e imparciales, justifican un impacto desfavorable desproporcionado, ni una descalificación del colectivo del grupo protegido. Ello implica que las medidas empresariales han de tener en cuenta el valor constitucional de la no discriminación, de modo que los requisitos para el horario, calificaciones profesionales, promoción, sistemas retributivos, etc. han de establecerse de modo que eviten efectos desigualadores en función del género, tomándose en consideración su eventual efecto discriminatorio.

9. DISCRIMINACIÓN, MEDIDAS PROTECTORAS Y ACCIÓN POSITIVA

En relación con la “jurisprudencia compensadora”, el Tribunal Constitucional ha considerado que el mandato constitucional de no prevalecer discriminación alguna no resulta efectivo sólo a través de medidas de tutela concreta de situaciones discriminatorias, sino que la conexión del art. 14 con el 9.2 CE impone a los poderes públicos, y también al legislador, hacer realizable y efectiva la no discriminación, removiendo y suprimiendo situaciones discriminatorias.

El Tribunal ha considerado compatible con el art. 14 CE la posibilidad de medidas reequilibradoras, y considera que los poderes públicos deben adoptar una actitud diligente y positiva tendente a la corrección de la situación de desventaja de la mujer, en especial en materia de empleo y ocupación. La propia sentencia 128/1987 ha puesto en conexión el art. 14 con el art. 10 CE y ha considerado que la Constitución quiere terminar con la histórica situación de inferioridad que en la vida social y jurídica se había colocado a la mujer, también en el acceso y promoción en el empleo, situación persistente en la realidad social y que no puede ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenidos los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer. A partir de esta premisa, la Sentencia 128/1987 declara que es constitucionalmente legítimo un tratamiento diverso

⁸¹ Bilbao Ubillos, J.M. y Rey Martínez, F. “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, cit. pag. 306. Un análisis conjunto de ambas sentencias, en Montoya Melgar, A. “Discriminación por razón de sexo (cuatro sentencias del Tribunal Constitucional)”, cit. pag. 15 y ss. Un análisis crítico de la STC 286/1994, en Pérez Del Río, T. “La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto Fontaneda”, TL, 38, 1996, pag. 75 y ss.

⁸² El único problema que planteaba este caso es si la asignación misma de un puesto distinto para el que fue contratada, y que no puede ejercer por carecer de la fuerza necesaria, siendo despedida por ello, podía suponer, como en su voto particular defendió el Magistrado Gimeno, una discriminación por razón de sexo que debía haber sido amparada por el Tribunal. Una crítica a la sentencia, en Roano Albertos, S. “Existencia o no de discriminación indirecta por razón de sexo”, TS, 75, 1997, pag. 56 y ss.

entre hombres y mujeres tendente a remediar la situación desventajosa de las mujeres en el ámbito laboral, y dirigida a eliminar situaciones de discriminación existentes, tratamiento diverso que, incluso ante prácticas sociales discriminatorias puede venir constitucionalmente exigido en el Estado social para asegurar la efectividad de la igualdad. Por ello, serán legítimas las diferencias que tienden a superar esa marginación, e ilegítimas las diferencias que perpetúen o consoliden esa marginación.

Este nuevo método de control es particularmente delicado, puesto que medidas aparentemente favorables pueden perpetuar situaciones de partida diferentes de la mujer. De ahí la progresiva desconfianza de la jurisprudencia constitucional respecto a las tradicionales normas protectoras de la mujer y su apertura decidida a favor de medidas reequilibradoras del tipo de la llamada acción positiva.

La mirada a un pasado discriminatorio ha permitido justificar medidas más favorables en cuanto a exigencia de edad entre las mujeres y los hombres que se jubilaban en el sector textil, como hace la STC 19/1989, que recuerda la doctrina establecida en la STC 128/1987 sobre la decisión constitucional de acabar con la situación de inferioridad de la mujer. Ello impide un enjuiciamiento simplista de las medidas diferenciadoras en razón de sexo, en especial de las más favorables para la mujer, que deben examinarse en función de si tratan de compensar una situación de desigualdad real o se justifican por la inferioridad histórica sufrida por la mujer en el mundo laboral. A partir de este imprescindible enfoque constitucional, sólo se admiten diferencias de trato que compensen situaciones anteriores⁸³ o que traten de corregirlas para el futuro.

Se admite la constitucionalidad del tratamiento favorable a la mujer por ser una “medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2”⁸⁴. No solo considera no discriminatoria ni constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad formal⁸⁵, sino que el Tribunal Constitucional anima a los poderes públicos a corregir la desigualdad sustancial de partida para conseguir la igualdad efectiva entre trabajadores y trabajadoras.

Este enfoque irremisiblemente lleva a una revisión crítica de las limitaciones al trabajo de la mujer con una finalidad aparentemente protectora, en cuanto basadas en una visión superada de las posibilidades profesionales de la mujer. La STC 28/1992 justifica una ventaja concedida a la mujer en el uso del transporte nocturno, solo como medida transitoria y por las especiales circunstancias a que se veía sometida la mujer con ocasión de ese trabajo nocturno. Pero poco después la STC 229/1992 ha revisado críticamente la existencia de limitaciones o impedimentos al trabajo de la

⁸³ SSTC 19/1989 y 49/1990

⁸⁴ STC 19/1989

⁸⁵ STC 216/1991. La STC 317/1994 se refiere a la Directiva 76/207 CE para destacar la necesidad de prestar una particular atención a las medidas tutelares de la mujer cuando, siendo contrarias al principio de igualdad de trato, el deseo de protección que no inspiró en un principio, no tenga ya razón de ser, considerando que ello ocurre con la situación de excedencia por matrimonio en la Ordenanza de seguros, pese a su voluntariedad.

mujer, con una finalidad aparentemente protectora, que en el momento actual carece de justificación y puede tener un resultado discriminatorio⁸⁶.

El caso típico ha sido el del trabajo nocturno, que ha sido sometido a revisión crítica tanto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como por otros Tribunales Constitucionales⁸⁷, doctrina que ha influido en nuestro Tribunal Constitucional al enfrentarse con la prohibición del trabajo de la mujer en el interior de las minas. La Sentencia 229/1992 reitera la legitimidad constitucional de medidas destinadas a asegurar la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, para reequilibrar situaciones sociales discriminatorias preexistentes, mediante un derecho desigual «igualitario», y desde esta perspectiva analiza críticamente el mantenimiento de prohibiciones de trabajo para la mujer, que aunque históricamente tratara de evitar la sobreexplotación de la mano de obra femenina, en la actualidad responde a prejuicios infundados basados en una división sexista del trabajo, y refrenda un reparto tradicional de funciones sociales que margina a la mujer, e implica una percepción defectuosa, errónea o desfasada por la evolución social.

La diferencia física entre hombre y mujer no justifica el vedar a las mujeres la posibilidad de realizar trabajos en el interior de las minas, de modo que el mantenimiento de la prohibición no encuentra hoy justificación constitucional alguna, en especial si se tiene en cuenta que el objetivo perseguido por la norma protectora se puede lograr por otros medios más respetuosos del principio de no discriminación, como las medidas de prevención de riesgos laborales y los controles médicos, sin justificarse una prohibición que impide a la mujer trabajar donde quiera⁸⁸.

La sentencia establece una diferencia rigurosa entre las intervenciones liberadoras y las tuteladoras de la diferencia de sexos que mantienen la diferencia y que producen efectos discriminatorios. Se trata de lo que se ha llamado el test de las medidas paternalistas/compensadoras que permite diferenciar entre medidas “paternalistas” o falsamente protectoras de la mujer, de las legítimas medidas de acción positiva para el fomento de igualdad de las mujeres⁸⁹.

La paridad de trato entre hombres y mujeres se concibe así como una exigencia derivada de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pero, a su vez, el examen de las excepciones a la regla, que sólo pueden admitirse con criterios especialmente rigurosos, ha de ser contemplado teniendo en cuenta los efectos que esa diferencia de trato pueda tener en la corrección de la situación discriminatoria de partida, lo que justifica también la constitucionalidad de las medidas positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres. El tema ha sido objeto de amplio debate entre nosotros a

⁸⁶ Cfr. Fernández Marcos, L. “El principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene”, *AL*, 1990,1, pag. 1 y ss.

⁸⁷ Cfr. Rodríguez-Piñero, M. “Discriminación y desigualdad de los sexos en la relación de trabajo”, cit. pag. 22

⁸⁸ Sobre la misma, vid. Castro Arguelles, M.A. “Normas internacionales y norma constitucional a propósito del trabajo de la mujer en las minas”, *REDT*, 63, 1994, pag. 157 y ss. El tema ya había sido sugerido por Sempere Navarro, A.V. “Discriminación y trabajo femenino en la minería”, *RL*, I, 1987, pag. 108 y ss.

⁸⁹ Cfr. Bilbao Ubbillos, J.M. y Rey Martínez, F. “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, cit. pag. 312 y ss.

partir de alguna sentencia polémica del TJCE⁹⁰ que ha servido, sin embargo, para que desde el Derecho comunitario se refuerce la legitimidad de medidas a favor del empleo de las mujeres y otros grupos desprotegidos.

Posiblemente la página inmediata abierta en el tema de la no discriminación sea referente a otros grupos diversos a las mujeres. El Tratado de Amsterdam hace referencia a la elección sexual, yendo más allá de la problemática de la transexualidad⁹¹. Por otro lado, estudios recientes ponen de relieve la existencia de signos de discriminación racial en nuestro mercado de trabajo⁹², por no citar los problemas que está planteando hoy la problemática del tratamiento diferencial de los trabajadores migrantes.

10. REFLEXIÓN FINAL

El examen en perspectiva del impacto del art. 14 CE en nuestras relaciones laborales permite un balance en síntesis positivo, pero que no llega a ser satisfactorio. La intervención del Tribunal Constitucional en materia de discriminación en el empleo ha sido cuantitativa y cualitativamente importante y un factor fundamental no solo para adaptar la normativa preconstitucional al sistema constitucional y para dar indicaciones al legislador democrático. Además ha influido, en un diálogo permanente, en la jurisprudencia laboral, en los interlocutores sociales, y en los llamados operadores jurídicos, creando una dinámica a la que ha contribuido también un mayoritario apoyo doctrinal.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido más diligente en su papel de defensor de los derechos humanos que de juez de la constitucionalidad de las leyes y de las diferencias normativas contenidas en las mismas. Se trata de una manifestación más del desequilibrio existente en nuestra justicia constitucional entre la función, primordial y prioritaria del órgano de justicia constitucional, ser el guardián de la Constitución frente al legislador, lo que ha hecho sobre todo en materia de desarrollo del sistema del Estado de las Autonomías, y la función complementaria de mecanismo adicional, último y subsidiario de la protección de los derechos fundamentales, que corresponde en primer término a los órganos judiciales⁹³.

En este último campo la jurisprudencia constitucional ha sido muy positiva en cuanto a la tutela antidiscriminatoria. En la medida que los jueces ordinarios han asumido su papel propio de protección y garantía de los derechos constitucionales, la actividad creadora del Tribunal Constitucional habrá de quedar en un segundo plano al no ser necesaria la rectificación de decisiones judiciales

⁹⁰ Por todos, Millán Moro, L. "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as C-450/93, Kalanke, de 11 de noviembre de 1997, as C-409/95, Marschall)" RDCE, 3/1988, pag. 173 y ss.

⁹¹ Alonso Olea, M. "El despido de un transexual (a propósito de la Sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996, REDT, 1998, pag. 5 y ss.

⁹² Vid. Sole, C. "Discriminación racial en el mercado de trabajo, Madrid, 1995.

⁹³ Lo que ha confirmado la STC 3/1995 que no ha analizado el fondo del asunto por entender que la protección del derecho fundamental podría haberse obtenido en el recurso de unificación de doctrina. Cfr. Bordenave, H. "Recurso de casación para unificación de doctrina y recurso de amparo. Discriminación por razón de embarazo", cit. pag. 349 y ss.

que, respaldados por la jurisprudencia constitucional, han tenido en cuenta el significado y alcance del derecho fundamental a la no discriminación.

En este momento puede plantearse la necesidad de reequilibrar el examen del art. 14 CE para dedicar mayor atención al principio de igualdad respecto a los tratamientos normativos, en la lectura que inicialmente hizo del mismo el propio Tribunal Constitucional. La distinción de los dos incisos del precepto constitucional solo tiene sentido para reforzar la intensidad de protección contenida en la prohibición de discriminación, pero no puede justificar que sirva de pauta o fundamento para una pérdida de intensidad del primero y más general de esos incisos, la protección y el trato igual de las leyes y actuaciones públicas. El problema es superar el actual enfoque minimalista sin caer en la tentación de un “imperialismo” del Tribunal Constitucional⁹⁴.

RESUMEN: El examen del importe del artículo 14 CE en las relaciones laborales arroja un balance positivo, si bien no llega a ser satisfactorio. La labor de los tribunales ha sido satisfactoria en el campo de la protección de los derechos humanos, aunque ha sido menos significativa en la protección del principio de igualdad respecto a los tratamientos normativos, es decir, la prohibición de discriminación no debe hacer perder de vista el principio de igualdad.

ABSTRACT: The research about the impact of 14 article in work relations gives a positive balance although it isn't enough. The work of courts has been satisfactory in the protection of human laws, although it has been less significant in the protection of equal right; in respect the law, in other words you shouldn't forget equal right.

⁹⁴ Cfr. Perry, *The Constitution in the Courts*, cit.pag. 189 y ss.